



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 252.628 - RJ (2012/0180625-9)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : KATIA VARELA MELLO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : LEANDRO DE SOUZA SOBRAL

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. 1) DOSIMETRIA. INCREMENTO DA PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DOS MAUS ANTECEDENTES. INQUÉRITO POLICIAL INSTAURADO E AÇÃO PENAL EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. 2) CRITÉRIO MATEMÁTICO DE AUMENTO DE PENA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. 3) PENA-BASE TRAZIDA PARA O MÍNIMO LEGAL. AFASTAMENTO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS CONSIDERADAS DESFAVORÁVEIS. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO QUE SE IMPÕE. OBSERVÂNCIA DOS ENUNCIADOS N. 440 DA SÚMULA DO STJ E N. 718 E 719 DA SÚMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

– Nos termos do Enunciado n. 444 da Súmula desta Corte, processos penais em curso, sentenças condenatórias não transitadas em julgado e indiciamento em inquéritos policiais não constituem maus antecedentes. No caso, verifica-se a existência de flagrante ilegalidade pela elevação da reprimenda básica, ante a falta de demonstração de maus antecedentes.

– Nos termos do disposto no Enunciado n. 443 da Súmula dessa Corte, "o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes". Ressalva do entendimento deste Relator.

– Na hipótese, o aumento da pena em fração superior a 1/3 seguiu o critério matemático, a evidenciar a necessidade de aplicação da fração mínima.

– Em razão da cassação das circunstâncias judiciais consideradas negativas e fixada a pena-base no mínimo legal, é imperiosa a fixação do regime prisional semiaberto, ante a ausência de outros fundamentos concretos a justificar o regime mais gravoso. Enunciados n. 440 da Súmula do STJ, n. 718 e 719 da Súmula do STF. Ressalva do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entendimento deste Relator.

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir as penas impostas e para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 05 de fevereiro de 2015(Data do Julgamento).

MINISTRO ERICSON MARANHO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 252.628 - RJ (2012/0180625-9)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)

IMPETRANTE : KATIA VARELA MELLO - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : LEANDRO DE SOUZA SOBRAL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem pedido de liminar, impetrado em benefício de LEANDRO DE SOUZA SOBRAL, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, proferido no julgamento da apelação n. 0138299-52.2011.8.19.0038.

Consta dos autos que o paciente foi absolvido, em primeiro grau, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal (fls. 14/17). Em sede de apelação, o Tribunal de origem deu provimento ao recurso ministerial, para condenar o paciente às penas de 7 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 28 dias-multa, de menor valor (fls. 18/25). O acórdão ficou assim ementado:

Apelante solto por este processo. Roubo circunstanciado pelo concurso de pessoas e emprego de arma de fogo. Artigo 157, §2º, I e II, do Código Penal. Absolução por insuficiência probatória (artigo 386, VII, do Código de Processo Penal). Inconformismo ministerial, objetivando:

I) a condenação do apelado, por entender demonstrados os fatos descritos na exordial acusatória.

1) Cabimento. Na esteira das alegações supra, a prova produzida em ambas as fases mostrou-se robusta para embasar o decreto condenatório pretendido. O lesado comunicou em sede policial na data de 02/12/2010 o roubo da sua motocicleta circunstanciado pelo concurso de agentes e emprego de arma. Cerca de oito meses após, reconheceu na rua tráfegando, a motocicleta subtraída de um colega de ofício e imediatamente identificou o objeto e o condutor como a mesma pessoa espoliadora do seu bem. Prisão em flagrante efetuada com posterior auxílio de policiais militares. Constatação em fase inquisitorial e judicial plenamente harmoniosa com as demais provas produzidas. Negativa do réu isolada e desamparada no contexto. Autoria e materialidade do ilícito evidenciadas. Reforma da sentença para condenar o recorrido nos termos da exordial acusatória (artigo 157, § 2.º, I e II, do Código Penal), da seguinte forma:

I.^a fase: 5 anos de reclusão e 20 dias-multa, em face dos maus antecedentes verificados em sua folha penal (anotações 1 e 2);

2.³ fase: sem agravantes ou atenuantes;



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3.^a fase: acréscimo de 2/5 em razão das causas de aumento (concurso de agentes e emprego de armas de fogo); - penas definitivamente estabelecidas em 7 anos de reclusão, em regime fechado e no pagamento de 28 dias-multa, de menor valor. Após o trânsito em julgado, determinada a expedição de mandados de prisão. RECURSO PROVIDO (fls. 18/20).

Na presente impetração, a defesa argumenta, inicialmente, pela inexistência de maus antecedentes a justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, nos termos da Súmula n. 444/STJ. Sustenta, também, afronta à Súmula n. 443/STJ, em razão do incremento da pena na terceira fase, no patamar de 2/5, com base unicamente no número de majorantes. Por fim, salienta que o regime prisional fechado foi imposto com fundamento nos maus antecedentes indevidamente reconhecidos na fixação da pena-base.

Requer, assim, a concessão da ordem para fixação da pena-base no mínimo legal; incremento da pena em função das majorantes em 1/3; e imposição de regime inicial semiaberto de cumprimento da reprimenda, nos termos dos fundamentos expostos.

Não foram requisitadas informações às instâncias ordinárias. O Ministério Público Federal opinou pelo não cabimento do *habeas corpus* e, na eventualidade de ser ultrapassado o ponto, pela observância das Súmulas n. 443 e n. 444 do STJ e do binômio necessidade/suficiência do regime inicial fechado (fls. 34/38).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 252.628 - RJ (2012/0180625-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) (Relator):

O Superior Tribunal de Justiça, seguindo a posição sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal, uniformizou o entendimento no sentido de ser inadmissível o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie.

No mesmo sentido, vejam-se os seguintes precedentes das Turmas que compõem a Terceira Seção dessa Corte:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. O Supremo Tribunal Federal, buscando dar efetividade às normas previstas na Constituição Federal e na Lei 8.038/90, passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que foi adotado por este Superior Tribunal de Justiça.

2. O constrangimento apontado na inicial será analisado, a fim de que se verifique a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação de ofício por este Superior Tribunal de Justiça.

[...]

4. Habeas corpus não conhecido (HC n. 299.261/MG, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 4/9/2014, DJe 18/9/2014).

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2.º, I, E ART. 307, DO CÓDIGO PENAL. (1) WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. (2) CRIME DE FALSA IDENTIDADE. ATRIBUIÇÃO DE NOME FICTÍCIO PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. NÃO OCORRÊNCIA. DIREITO À AUTODEFESA. INAPLICABILIDADE. CONDUTA QUE SE AMOLDA AO ART. 307 DO CÓDIGO PENAL. (3) DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME PARA A FORMA TENTADA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. (4) CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 157, § 2º, I, DO CP. LAUDO PERICIAL. SIMULACRO DE ARMA DE FOGO. AUSÊNCIA DE POTENCIALIDADE LESIVA. RECONHECIMENTO DA MAJORANTE. IMPOSSIBILIDADE. (5) REGIME INICIAL FECHADO. PROGRESSÃO PARA O SEMIABERTO. PREJUDICADO. (6) WRIT, EM PARTE, PREJUDICADO E, NO MAIS, NÃO CONHECIDO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

[...]

6. Habeas corpus prejudicado quanto ao regime inicial de cumprimento da pena e, no mais, não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para afastar a causa de aumento (art. 157, § 2.º, I, do CP) e reduzir a pena do paciente para 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão (HC n. 293.128/SP, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 4/9/2014, DJe 16/9/2014).

Nesse contexto, não há falar em conhecimento do presente *writ*, que foi impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, passo a analisar as alegações trazidas pelo impetrante, ante a possibilidade da existência de alguma flagrante ilegalidade que justifique a concessão de ordem de ofício.

Conforme consignado, busca-se na presente impetração o redimensionamento da pena imposta e a fixação do regime intermediário para o cumprimento da reprimenda. Nesses pontos, o Tribunal de origem, ao afastar a absolvição e dar provimento ao recurso ministerial, consignou que:

Diante de tal contexto probatório, isolada a negativa de autoria esboçada pelo apelado, tendo restado sobejamente demonstrada a autoria e materialidade do delito em exame, recai sobre o recorrido.

Neste passo, reformo a decisão recorrida para condenar LEANDRO DE SOUZA SOBRAL por infração dos artigos 157, § 2.º, I e II, do Código Penal, nas penas seguintes:

1.^a fase: 5 anos de reclusão e 20 dias-multa, em face dos maus antecedentes verificados em sua folha penal (anotações 1 e 2);

2.^a fase: inexistem agravantes ou atenuantes;

3.^a fase: acréscimo de 2/5 em razão das causas de aumento (concurso de agentes e emprego de armas de fogo); - penas definitivamente estabelecidas em 7 anos de reclusão, em regime fechado, dada a personalidade do agente, reconhecidamente voltada para a prática de crimes, e pagamento de 28 dias-multa, de menor valor (fls. 24/25).

Inicialmente, quanto à dosimetria da pena-base, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que, considerando o princípio da presunção da inocência, inquéritos policiais ou ações penais em andamento não servem de base para valorar negativamente os antecedentes, a conduta social ou a personalidade do acusado.

No mesmo sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ROUBO MAJORADO E EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, EM ALEGAÇÕES FINAIS, QUANTO AO DELITO DE EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. APELAÇÃO, APRESENTADA POR OUTRO MEMBRO DO PARQUET, REQUERENDO A CONDENAÇÃO PELO MESMO DELITO. INTERESSE RECURSAL. OCORRÊNCIA. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. MAUS ANTECEDENTES RECONHECIDOS, PARA EXASPERAR A PENA-BASE, EM DECORRÊNCIA DE FATOS POSTERIORES AO DA AÇÃO PENAL DE QUE SE CUIDA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444 DO STJ. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EXASPERAÇÃO DA PENA, EM PATAMAR ACIMA DA FRAÇÃO MÍNIMA LEGALMENTE PREVISTA, SEM FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 443 DO STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

I. Dispõe o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal que será concedido habeas corpus "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder", não cabendo a sua utilização como substituto de recurso ordinário, tampouco de recurso especial, nem como sucedâneo da revisão criminal.

II. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar os HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012), considerou inadequado o writ, para substituir recursos especial e ordinário ou revisão criminal, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípua objetivo e desordenar a lógica recursal.

III. O Superior Tribunal de Justiça também tem reforçado a necessidade de se cumprir as regras do sistema recursal vigente, sob pena de torná-lo inócuo e desnecessário (art. 105, II, a, e III, da CF/88), considerando o âmbito restrito do habeas corpus, previsto constitucionalmente, no que diz respeito ao STJ, sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, nas hipóteses do art. 105, I, c e II, a, da Carta Magna.

IV. Nada impede, contudo, que, na hipótese de habeas corpus substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal - que não merece conhecimento -, seja concedido habeas corpus, de ofício, em caso de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou decisão teratológica.

V. Na esteira do entendimento emanado do Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que "a circunstância de o Promotor Público, com atuação no processo, na fase das alegações finais, ter formulado pedido de absolvição, o qual foi acolhido na sentença, não impede que um outro membro do Parquet interponha recurso pugnando para que se preserve a acusação inicial" (STJ, AgRg no Ag n. 1.322.990/RJ, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe de 4/5/2011).

VI. Na forma da jurisprudência do STJ, "inquéritos policiais ou ações penais em andamento ou sem certificação do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

trânsito em julgado, ou mesmo condenações transitadas em julgado por fatos posteriores, não podem ser considerados como maus antecedentes, má conduta social ou personalidade desajustada, sob pena de malferir o princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade. Exegese do enunciado 444 da Súmula deste STJ, verbis: 'É vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base'" (STJ, AgRg no AREsp n. 220.180/MG, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe de 17/10/2013).

VII. Conforme o enunciado da Súmula 443 do STJ, "o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes".

VIII. In casu, verifica-se a ocorrência de constrangimento ilegal, imposto ao paciente, em face da necessidade de exclusão dos maus antecedentes, uma vez que, ao tempo do cometimento do delito de roubo, objeto do presente writ, o paciente não ostentava qualquer condenação anterior, transitada em julgado, bem como pela exasperação da pena, em patamar acima da fração mínima legalmente prevista, com base apenas na existência de duas majorantes, sem a devida fundamentação.

IX. Habeas corpus não conhecido.

X. Concessão de habeas corpus, de ofício, para diminuir a pena-base do crime de roubo ao mínimo legal, bem como para reduzir o quantum de aumento, na terceira fase da dosimetria, a 1/3, tornando a reprimenda definitiva do paciente em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa (HC 243.676/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 04/08/2014).

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ART. 157, § 2.º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL. ARMA DE FOGO. EXAME PERICIAL. IMPOSSIBILIDADE. NÃO APREENSÃO DO INSTRUMENTO. DISPENSABILIDADE PARA A CARACTERIZAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO, QUANDO PROVADO O SEU EMPREGO NA PRÁTICA DO CRIME. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE, NO JULGAMENTO DO ERESP N.º 961.863/RS. DOSIMETRIA DA PENA. PERSONALIDADE. EXACERBAÇÃO DA PENA-BASE. CONDENAÇÃO POR FATO POSTERIOR. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. CABIMENTO. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1 Nos termos do art. 167 do Código de Processo Penal, o laudo pericial pode ser suprido pela prova testemunhal diante do desaparecimento dos vestígios, como na espécie, em que não houve a apreensão da arma de fogo.

2. Nesse contexto, a ausência de perícia na arma, quando impossibilitada sua realização, não afasta a causa especial de aumento prevista no inciso I do § 2.º do art. 157 do Código Penal, desde que existentes outros meios aptos a comprovar o seu efetivo emprego na ação delituosa.

3. Na hipótese, a sentença condenatória consignou ser inconteste o uso da arma na empreitada criminosa, conforme demonstrado pelas provas carreadas aos autos. Nesse contexto, a verificação dessa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conclusão só seria possível mediante o aprofundado exame do conjunto fático-probatório, o que não se mostra possível na via estreita do habeas corpus.

4. Consoante jurisprudência desta Corte, em respeito ao princípio da presunção de inocência, inquéritos e processos em andamento, assim como processos com trânsito em julgado emanados de fatos posteriores aos narrados na denúncia, não podem utilizados como fundamento para majoração da pena-base, a título de personalidade voltada para o crime.

5. As instâncias ordinárias consideraram desfavorável ao réu a circunstância judicial relativa aos antecedentes do agente, razão pela qual, fundamentadamente, fixaram a pena-base acima do mínimo legal e o regime prisional mais gravoso, valendo-se da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, § 2.º, ambos do Código Penal, o que afasta a alegação de qualquer ilegalidade.

6. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para, mantida a condenação, reduzir a pena do Paciente para 06 (seis) anos, 07 (meses) e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, restando incólumes os demais termos da condenação (HC n. 223.998/DF, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 13/8/2013, DJe 23/8/2013).

Assim, verificando-se que o Tribunal de origem incrementou a reprimenda básica no patamar de 1/4, entendendo que o paciente possui maus antecedentes decorrentes de ação penal em curso e inquérito policial instaurado, fica evidente a existência de flagrante ilegalidade, sendo imperioso o redimensionamento da pena-base imposta nesse ponto.

Quanto à alegação de constrangimento ilegal na terceira fase da dosimetria, essa Corte Superior de Justiça firmou o entendimento de que o critério para a elevação da pena, em função das causas de aumento no crime de roubo, não deve ser meramente matemático, mas subjetivo, a depender das circunstâncias do caso concreto.

O aludido entendimento culminou na elaboração do Enunciado n. 443 da Súmula dessa Corte, segundo o qual:

O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes.

No mesmo sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONDENAÇÃO. RECONHECIMENTO DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. ACRÉSCIMO FIXADO EM 3/8. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. MERA UTILIZAÇÃO DE CRITÉRIO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MATEMÁTICO (OBJETIVO). IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.º 443 DESTE TRIBUNAL. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. A presença de mais de uma majorante no crime de roubo não é causa obrigatória de aumento da reprimenda em patamar acima do mínimo previsto, a menos que o magistrado, considerando as peculiaridades do caso concreto, constate a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que não ocorreu na espécie. Incidência da Súmula n.º 443 deste Tribunal.

2. Uma vez estabelecida a pena-base do Paciente, réu primário, no mínimo legal, porque ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, não é cabível infligir regime prisional mais gravoso. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Aplicação das Súmulas n.º 440 do Superior Tribunal de Justiça e n.os 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

3. Habeas corpus concedido para, mantida a condenação, fixar a pena em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, no regime inicial semiaberto (HC n. 244.157/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe de 9/10/2012).

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES. DOSIMETRIA DA PENA. 1. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. PROCESSOS EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. 2. APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA DE FOGO. PRESCINDIBILIDADE PARA A INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO ART. 157, § 2º, I, DO CÓDIGO PENAL. EMPREGO DO ARTEFATO ATESTADO PELA PALAVRA DA VÍTIMA 3. AUMENTO DA PENA NA FRAÇÃO DE 2/5 (DOIS QUINTOS) SEM A NECESSÁRIA FUNDAMENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO ENUNCIADO DE SÚMULA N.º 443, DESTA CORTE. 4. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Não constituem maus antecedentes processos penais em curso, sentenças condenatórias ainda não transitadas em julgado e indiciamento em inquéritos policiais. Súmula n.º 444 do STJ.

2. No julgamento do EREsp nº 961.863/RS, ocorrido em 13/12/2010, a Terceira Seção desta Corte Superior firmou compreensão no sentido de que a incidência da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, prescinde de apreensão e perícia da arma, quando comprovado, por outros meios de prova, tais como a palavra da vítima ou mesmo pelo depoimento de testemunhas, a efetiva utilização do artefato para a intimidação do ofendido.

3. O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes. Súmula 443 do STJ.

4. Habeas corpus parcialmente concedido para reduzir as penas dos pacientes para 8 (oito) anos, 2 (dois) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão, bem assim ao pagamento de 17 (dezessete) dias-multa, mantendo-se os demais termos da condenação (HC n. 198.193/RJ, Quinta Turma, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe de 11/6/2012).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Apesar do entendimento firmado nessa Corte, faço ressalva de meu entendimento pessoal quanto à questão.

A elevação progressiva da pena em razão da presença de maior ou menor número de circunstâncias majorantes é a que melhor representa o critério da proporcionalidade na retribuição penal. Não se pode apenar o agente que comete delito no qual incide uma única causa de aumento da mesma maneira que outro em qual incidem duas.

Há que se ponderar que a ausência de reflexão, na dosimetria, a respeito do número de circunstâncias presentes, pode servir como estímulo à prática de delitos mais graves, uma vez que os roubos praticados sob tais circunstâncias – em concurso de agentes, com arma de fogo ou com restrição da liberdade das vítimas, por exemplo – têm maior chance de não serem frustrados durante sua execução.

Por outro lado, a adoção de um critério que aprecie as majorantes de forma quantitativa não impede que o julgador realize a dosimetria, também, pelo prisma qualitativo. Assim, acaso presente uma circunstância de especial gravidade, o magistrado pode exasperar a pena de modo conforme. Sempre em atenção ao princípio da proporcionalidade, é possível que um crime praticado com uma única causa de aumento de pena seja tão reprovável quanto um praticado com a presença de todas. É justo que a majoração da pena incida em nível máximo em ambos os casos, e não apenas no primeiro.

Todavia, a despeito de tais ponderações, com ressalva de meu entendimento pessoal, acolho o posicionamento da maioria.

No caso dos autos, verifica-se, que as instâncias ordinárias, majoraram a pena em 2/5 em razão unicamente da presença de duas causas de aumento, não apresentando fundamentação concreta para o acréscimo em fração superior ao mínimo, sendo, portanto, necessária a realização de nova dosimetria, para reduzir a exasperação da pena para o patamar mínimo de 1/3.

Assim, passo a refazer a dosimetria da pena para sanar as ilegalidades aqui reconhecidas:

Na primeira fase da dosagem da pena, afasto a circunstância judicial negativa de maus antecedentes, trazendo a pena-base para o mínimo legal de 4 anos de reclusão e 16 dias-multa, patamar que mantenho na segunda fase em razão da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ausência de agravantes ou atenuantes.

Na terceira fase, presentes as causas de aumento de pena do emprego de arma e do concurso de agentes, reduziu o aumento das penas ao mínimo legal de 1/3, resultando em 5 anos e 4 meses de reclusão, e 21 dias-multa, o que torno definitiva ante a ausência de outras causas de aumento ou diminuição.

Por fim, quanto ao regime inicial de cumprimento da pena, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal.

Entende-se, assim, que é necessária a fundamentação concreta para justificar o regime mais gravoso, tendo em vista ser contraditório o estabelecimento de pena-base no mínimo, na primeira fase da dosimetria da pena, e de regime mais severo, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Segundo tal entendimento, foi elaborado o Enunciado n. 440 da Súmula deste Tribunal, segundo o qual "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito". No mesmo sentido, são os Enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, os quais indicam:

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

No caso dos autos, cassadas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, consideradas negativas pelo Tribunal *a quo*, e trazida a pena-base para o mínimo legal, não se verifica qualquer circunstância concreta a justificar o regime mais gravoso, razão pela qual é imperiosa a fixação do regime prisional intermediário.

Cumprе ressaltar que, na esteira da jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, comungo do entendimento de que, embora ausentes as circunstâncias judiciais desfavoráveis e fixada a pena-base no mínimo legal, a presença das qualificadoras no delito de roubo justificaria o regime prisional mais gravoso.

Entretanto, à vista do sedimentado na Sexta Turma desta Corte Superior,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

passo a aderir à aludida corrente jurisprudencial, apenas ressaltando meu entendimento pessoal quanto ao tema.

Diante do exposto, não conheço do *habeas corpus*. No entanto, concedo a ordem de ofício para reduzir as penas impostas ao paciente para 5 anos e 4 meses de reclusão e ao pagamento de 21 dias-multa e para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0180625-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 252.628 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1382995220118190038 5654922010

EM MESA

JULGADO: 05/02/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : KATIA VARELA MELLO - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : LEANDRO DE SOUZA SOBRAL

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.